

JUSTIÇA & CIDADANIA

VEMÁ O TRF6

**TUDO SOBRE A CRIAÇÃO
DA NOVA CORTE EM MG**

JUSTIÇA PRESENTE

**PELA RECUPERAÇÃO DO
SISTEMA PENITENCIÁRIO**

DITADURA SUTIL

**CASTELLS E A RELAÇÃO
COMUNICAÇÃO X DEMOCRACIA**



**“COM MENOS EFETIVO,
REDUZIMOS A CRIMINALIDADE”**

WILSON WITZEL, GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

UBERIZAÇÃO, LIBERDADE ECONÔMICA E ESCOLHAS (IN)CONSCIENTES

Paradoxo jurídico nas novas relações de trabalho

ROBERTA FERME SIVOLELLA

Juíza do Trabalho

Ao final de abril de 2019, a seguinte manchete estampou jornal de grande circulação no País, no caderno “Economia”: “5,5 milhões usam apps de transporte para trabalhar: desemprego e popularização do serviço impulsionam trabalho com as plataformas, mas relação de motoristas com aplicativos é sensível”¹. A mesma notícia indicava estatística apurada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no sentido de que mais de quatro milhões de trabalhadores utilizam atualmente tais plataformas como fonte de renda.

Longe de ser a única notícia com abordagem desse tipo acerca do tema, o fato é que bem o resume, seja pela escolha de sua topografia (publicada no caderno Economia), seja pela escolha de seu abrangente título, toda a tônica das palavras da moda da “uberização” e “economia GIG”: motivada pela promessa da queda do desemprego não cumprida e pela urgência da obtenção de renda sem burocracias e, em contrapartida, sem direitos, a “opção” pela veste efêmera da autonomia parece ser a única viável na sensível (e dicotômica) relação atual entre o Direito e a economia.

O quadro que se delineia é tão dicotômico quanto a complexa relação economia x trabalho. Se em um primeiro momento a maioria das vozes dos pretensos titulares dos direitos trabalhistas (que não serão exercidos pela economia “uberizada”) prefere um ganho maior e mais rápido, abrindo mão da manutenção de garantias constitucionais (as quais, *a priori*, teriam

sua transação como inimaginável), os efeitos que se seguem não caminham na mesma direção. A constatação acerca da ausência de cobertura nos períodos de doenças e acidentes de trabalho – cada vez mais recorrentes em virtude das extensas jornadas – bem como a ausência de qualquer garantia em caso de desemprego, recaem como “elementos surpresa” para os trabalhadores “uberizados”, a denotar que a opção foi realizada sem o pleno conhecimento de todas as variáveis alcançadas, e contrariando o que o pragmatismo da análise econômica do Direito, sob o viés dos marcadores de custos e benefícios², vem a pregar.

Velhos modelos, novas roupagens

Em notícia veiculada em maio, grande empresa americana do comércio *on line* divulgou plano de demissão voluntária (PDV) no qual ofereceu três meses de salário, acrescidos de valores de até dez mil dólares, para os empregados que pedissem desligamento e passassem a atuar como ‘empreendedores’, embora prestando os mesmo serviços à empresa, desta feita como autônomos ou “uberizados”³.

Reflexo da chamada “uberização” da economia e das relações de trabalho, tal situação poderia ser considerada fraude e teria efeitos de nulidade no Brasil já que, em verdade, o empregado permaneceria laborando nas mesmas condições, porém com “roupagem” jurídica diversa. Nesse pormenor os artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inalterados pela reforma trabalhista, prevêm a impossibilidade e con-



Foto: Arquivo pessoal

sequente nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, proibindo a alteração *in pejus* das condições anteriormente estabelecidas no contrato. No caso, de acordo com as circunstâncias fáticas observadas e conforme a redação que remanesceu após a Lei nº 13.467/2017, os preceitos fraudados em evidência seriam o art. 2º, *caput* da CLT, ao prever a assunção do risco do empreendimento pelo empregador, e consequente impossibilidade de transferi-lo ao empregado; e o art. 3º da CLT, ao prever os elementos caracterizadores da relação de emprego, e cuja presença revela o direito dos empregados submetidos a tal regime, segundo a realidade dos fatos aferida, às garantias e proteções trabalhistas previstas na CLT.

Vale dizer: a presença dos elementos ínsitos à relação de emprego, caso constatada – em especial da subordinação jurídica ao empregador – é capaz de descaracterizar a “nova” roupagem de contrato autônomo (ou contrato supostamente adequado à chamada economia “GIG”) porventura utilizada para mascarar a relação de emprego verdadeiramente existente. Indubitavelmente, tal fato poderá ser objeto de judicialização, tal como ocorreu nos Estados Unidos em

março deste ano⁴, quando famosa empresa de transportes que opera por meio de aplicativos acabou por pagar quantia de grande vulto a seus motoristas na Justiça, após discussão acerca dos direitos envolvidos. Sinalizando a mesma preocupação, notícias divulgadas recentemente indicam que o mesmo país, que anteriormente apostara na ordinarização da cultura da uberização, começa a refletir sobre suposto maior benefício no retorno à concessão de garantias trabalhistas⁵.

Países “modelos” com diferentes realidades: escolhas conscientes ou únicas?

Notícias como as citadas acabam por enfraquecer a argumentação daqueles que defendem que, em países desenvolvidos, a precarização é permitida a qualquer preço. Fazem perder força, ainda, o fundamento do temor quanto a condenações trabalhistas no Brasil sob a pecha de “protecionismo”, o qual, não raro, é utilizado para respaldar a necessidade de flexibilização da interpretação do texto legal por aqueles que o defendem a necessidade de salvar a economia por meio da disseminação do trabalho informal.

A análise da premissa fática referente à existência dos elementos ínsitos à relação de emprego é essencial à análise da regularidade do sistema de trabalho imposto, mesmo para as culturas mais progressistas. No Brasil, aliás, tal fator tem sido visto com bastante atenção e foi o fundamento determinante para que, nos Tribunais Regionais do Trabalho da 3ª e da 15ª Região, fosse reconhecida a ausência de vínculo em casos afetos a aplicati-

vos de transportes, repise-se, pela análise minuciosa do arcabouço fático-probatório naqueles casos concretos específicos⁶. Certamente, suposta “insegurança” gerada por “excessos” da Justiça do Trabalho não pode ser utilizada como mote para se afastar dispositivos que, como exposto, foram chancelados pela reforma trabalhista, nos casos em que constatada a fraude.

A importância dessa apuração acerca da presença dos elementos distintivos e caracterizadores da relação de emprego é de suma importância em tempos tão “líquidos”, como diria Bauman⁷, em que novas relações sociais se espriam para o mercado de trabalho e alteram o perfil da subordinação tão visível de outros tempos, a fim de que não sejam chanceladas situações *contra legem*. Esta problemática merece toda a atenção dos julgadores e operadores do Direito em geral, já que sua não utilização para aferir situações de possível fraude pode tornar obscura a visão real acerca da relação de emprego existente. É ainda ponto de importante reflexão quando percebido que importantes julgados que afetam a temática da subordinação estrutural, como os grandes temas de repercussão geral relacionados à licitude da terceirização de atividade-fim, não excepcionaram da inexistência de vínculo proclamada com conteúdo vinculante, as situações de subordinação jurídica aferida pela presença dos elementos do art. 3º da CLT⁸.

Por outro lado, há que se ressaltar que países com realidades díspares não podem ser comparados para fins de análise jurídica consequencialista, sob pena de um resultado equivocado ou não desejado, já que os marcadores sociais são diversos.

Tanto é assim que o próprio plano de desligamento voluntário aplicado nos Estados Unidos, ainda que sob o aspecto formal, não poderia ser considerado válido para os parâmetros da jurisdição constitucional brasileira. Isto porque o Supremo Tribunal Federal (STF), atento às peculiaridades de nossos marcadores sociais e aos contornos de nosso sistema legal, já decidiu, em sede de precedente de observância obrigatória, que o PDV somente produz efeitos de eficácia liberatória geral quando previsto em instrumento coletivo com chancela do sindicato representativo⁹. Tal entendimento, aliás, conflui com a lógica que permeou a Lei nº 13.467/2017, em privilégio à tônica “negociado x legislado”. No referido julgado, mesmo em um viés mais flexível que a jurisprudência então dominante no Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Supremo refutou

a possibilidade de renúncia total e irrestrita das garantias trabalhistas, fixando tese de repercussão geral nesse sentido. A irrenunciabilidade de direitos sociais fundamentais, aliás, foi a *ratio decidendi* de julgados recentes do Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade e repercussão geral¹⁰.

Surge, aqui, o principal dilema da uberização: é possível ao trabalhador, individualmente “optar” pela renúncia de direitos em contrariedade à situação fática de subordinação?

Ainda que a CLT tenha previsto, a partir da Lei nº 13.467/2017 (Súnico do art. 444 da CLT), os critérios objetivos do diploma de nível superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência como parâmetros para aferição da livre manifestação de vontade do trabalhador e, a despeito das possíveis inconstitucionalidades do preceito, certo é que, para os trabalhadores que não cumprem os dois requisitos, cumulativamente, a questão ora em debate é descartada, assim como para todos os direitos que envolvem os incisos previstos no art. 611-B da CLT, pela própria letra da lei. Nada obstante, para alguns de tais direitos, a flexibilização veio de maneira impositiva por atos do Executivo, como o caso da Portaria 604/2019¹¹ e a MP 881/2019, denominada “MP da liberdade econômica¹²”, tudo a facilitar os caminhos da relativização de direitos de origem essencialmente constitucional.

Para aqueles trabalhadores que, em tese, cumprem os requisitos objetivos previstos no § único do art. 444 da CLT, há importante questão a ser considerada: como reconhecer a ausência de vício na manifestação de vontade que envolve a opção pela única possibilidade de emprego a apresentar crescente oferta, e que representa uma das poucas oportunidades para auferir fonte rápida de sustento em um panorama de mais de 13 milhões de desempregados, de maior contingente de subutilizados desde 2012 (chegando a 28,5 milhões de pessoas), e de recorde de aumento na quantidade de subocupados e desalentados (que desistiram de buscar emprego), de 7,2 milhões e de 4,9 milhões, respectivamente¹³? Haveria efetiva opção diversa, ou possível, para tais trabalhadores?

Difícil dilema¹⁴, certamente, a ser enfrentado com responsabilidade e apreço a uma análise do Direito que, atenta aos direitos fundamentais, deve ser não só econômica, mas também social e humana.



NOTAS

1 GAVRAS, Douglas. 5,5 milhões usam apps de transporte para trabalhar. O Estado de São Paulo. São Paulo, 28 de abril de 2019. Disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,5-5-milhoes-usam-apps-de-transporte-para-trabalhar,70002807114>. Acesso em 19/07/19.

2 MASUR, Jonathan e POSNER, “Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role,” *University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper Series*, Nº 614 (2017).

3 <https://www.cnn.com/2019/05/13/amazon-will-pay-employees-thousands-to-quit-and-become-business-owners.html>

4 Disponível em <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/03/12/uber-pagara-us-20-milhoes-em-acordo-com-motoristas-nos-eua.ghtml>. Acesso em 13/06/19.

5 Disponível em EUA: precarização e efeitos econômicos provocam alteração na legislação da uberização na Califórnia <https://www.vox.com/policy-and-politics/2019/5/30/18642535/california-ab5-misclassify-employees-contractors>. Acesso em 01/07/19.

6 Tratam-se dos processos de números **0010947-93.2017.5.15.0093** e **0011359-34.2016.5.03.0112**.

7 A expressão é utilizada pelo sociólogo em **BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.**

8 É o caso do Tema 725 do STF (“...**é lícita** a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” – RE 958252, Rel. Ministro Luiz Fux), cujos fundamentos foram ratificados no julgamento do Tema de repercussão geral de número 739 (ARE-RG 791932, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJe 06/03/19).

9 Trata-se do Tema de repercussão geral número 152, RE nº 590.415/SC, de Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso (DJe 29/05/15)

10 Como a ADI 5938, julgada em 29/05/19, e o Tema de repercussão geral número 497 do STF, DJe 27/02/2019, ambas de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

11 A Portaria 604/2019 ampliou para 78 o número de atividades com autorização para o trabalho em domingos e feriados. Diário Oficial da União, 19/06/2019, Edição: 117, Seção: 1, Página: 28.

12 A Medida Provisória 881/19, dita MP da “liberdade econômica”, apresentou disposições de relativização de regras relativas à jornada de trabalho, com maior flexibilização na aplicação de multas a infratores da inspeção trabalhista e tornou facultativa a instituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA). No início de julho de 2019 foi encaminhada a proposta de conversão da dita medida, por meio do Projeto de Lei nº 17/2019, com restrição das hipóteses de responsabilidade solidária do grupo econômico, sendo a regra a responsabilidade subsidiária; autorização do trabalho em domingos e feriados de maneira irrestrita, dispensado o pagamento em dobro em caso de folga compensatória em outro dia; previsão de regência do Direito Civil aos contratos firmados com assistência de advogados escolhidos pelas partes contratantes, quando o salário for maior a 30 salários mínimos; chancela da submissão da fiscalização do trabalho ao Ministério da Economia; dentre outras inúmeras alterações ao texto da CLT que acabaram transformando a dita medida do governo em uma nova “minirreforma trabalhista”. A comissão mista destinada a analisar a MP 881/2019 aprovou o relatório final apresentado em reunião realizada em 11/07/19. Conforme notícia veiculada em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/11/aprovada-mp-da-liberdade-economica-com-regras-trabalhistas-e-fim-do-esocial>. Acesso em 12/07/19.

13 As informações são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), divulgadas pelo IBGE. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24909-desemprego-fica-estavel-mas-populacao-subutilizada-e-a-maior-desde-2012>. Acesso em 13/07/19.

14 Em artigo veiculado em 13/07/19, Fábio Zanini, sob o título “O dilema de Toritama”, bem delinea a dificuldade da análise econômica e social do direito em relações que envolvem direitos, a priori, irrenunciáveis, mas que contam com a suposta escolha do agente titular do direito em renunciar-lo. No artigo em comento, o jornalista conta a história de uma cidade no interior de Pernambuco, em que as pessoas trabalhavam em sistema de jornada de 15 horas por dia, sem descanso ou folgas garantidas, com exceção do carnaval, em regime que é comparado ao da Revolução Industrial. Nada obstante, o autor descreve que, questionados sobre se preferem as garantias do emprego formal registrado, todos respondem pela negativa, contando a cidade com taxa de desemprego zero. O artigo se inicia e termina com questionamentos perturbadores a qualquer pragmático na análise do custo social e do Mínimo Ético Legal : “Devemos proteger as pessoas de sua própria ambição e de um modo de vida insalubre?”, e “Mas que direito temos nós, figuras bem-intencionadas, de interferir no livre arbítrio de quem quer apenas ganhar dinheiro?”. A questão, aqui, nos parece anteceder ao momento focado no artigo jornalístico. Os agentes que fizeram a opção social pelo não-direito tem a plena noção de todas as garantias envolvidas, e que estão abrindo mão? Sabem quais as repercussões das escolhas de renúncias realizadas? E, por fim mas não mais importante, teriam a chance real de escolha de outra situação no caso concreto? Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/fabiozanini/2019/07/o-dilema-de-toritama.shtml>. Acesso em 14/07/19.